



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

LUIZ ALBERTO PEDRO AREAL

**TERCEIRIZAÇÃO – ESTUDO DE CASO PRÁTICO NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília
2010

LUIZ ALBERTO PEDRO AREAL

**TERCEIRIZAÇÃO – ESTUDO DE CASO PRÁTICO NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Gestão e Administração Pública/STJ

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida Barbosa

Brasília
2010

LUIZ ALBERTO PEDRO AREAL

**TERCEIRIZAÇÃO – ESTUDO DE CASO PRÁTICO NO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Gestão e
Administração Pública/STJ

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa

Brasília, 22 de novembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Prof. Msc. Carlos Orlando Pinto

Dedico este trabalho a Deus por ter colocado em meu caminho Alessandra, esposa compreensiva e dedicada, bem como minhas filhas Mariana e Taís que me apoiaram em todos os momentos desta importante etapa de minha vida.

AGRADECIMENTOS

A todos os profissionais do curso de Gestão e Administração Pública pela paciência, dedicação e aos professores especialistas, mestres e doutores que contribuíram para a promoção do conhecimento por meio das aulas ministradas para agregar e aperfeiçoar a minha formação acadêmica.

Gostaria de agradecer, também, aos meus amigos Lucimar, Joseli, Bruno, Edvaldo e o ao professor Salomão por terem me acompanhado e me incentivado a vencer mais esta etapa de minha vida.

Aos meus familiares, pelo carinho e pela compreensão nos momentos em que precisei abdicar do prazer da companhia deles para me dedicar aos estudos.

Por fim, ao Superior Tribunal de Justiça por ter proporcionado esta oportunidade de desenvolvimento profissional.

RESUMO

A terceirização é hoje um dos principais instrumentos utilizados pelas instituições públicas e privadas que ao buscarem maior eficiência no fornecimento de produtos e serviços transferem a terceiros as atividades consideradas auxiliares para se dedicarem às atividades principais. O presente estudo descreve a origem da terceirização, seu surgimento no Brasil e a utilização pela Administração Pública num contexto de crise do estado e evolução da gestão Administrativa Pública. São abordados diversos conceitos como terceirização, terceirização lícita e ilícita, modelos de Administração Pública, legislação brasileira vigente sobre o assunto e entendimento firmado pela jurisprudência e doutrina. Após, é feito um estudo de caso da utilização da terceirização de limpeza e higienização no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no intuito de identificar o perfil deste instituto que remetem para características do modelo de Administração Pública Patrimonialista, em especial pela possibilidade de interferência na gestão do pessoal terceirizado. Além disso, verifica e apresenta os riscos trabalhistas em que os gestores estão sujeitos com má administração da terceirização frente aos entendimentos firmados pelo poder judiciário e órgãos de controle.

Palavras-chaves: Direito Administrativo. Terceirização. Administração Pública. Estudo de Caso. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

Outsourcing is nowadays one of the main tools used by public and private institutions that seek greater efficiency in providing goods and services, while transferring to third parties activities considered ancillary to devote themselves to primary activities. The present study describes the origin of outsourcing, its emergence in Brazil and its use by the public authorities in a context of State's crisis and evolution of the Administrative Management Service. Various concepts are covered, such as outsourcing, licit and illicit outsourcing, models of public administration, current Brazilian legislation on the subject and the understanding consequent from the jurisprudence and doctrine. Afterwards, a detailed case study of the use of cleaning and sanitation outsourcing within the Superior Court is made in order to identify the profile of this institute, which refers to characteristics of the patrimonial model of public administration, especially by the possibility of interfering in the outsourced personnel management . Furthermore, the study verifies and presents the labor risks in which managers are subject by the outsourcing mismanagement against the understandings established by the judiciary and oversight Authorities.

Keywords: Administrative Law. Outsourcing. Public Administration. Case Study. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	11
1.1 Considerações gerais	11
1.2 Administração Pública Patrimonialista	12
1.3 Administração Pública Burocrática	13
1.4 Administração Pública Gerencial.....	14
2 TERCEIRIZAÇÃO	15
2.1 Conceito	15
2.2 Marco histórico da terceirização	16
2.3 Surgimento da terceirização no Brasil	16
2.4 Terceirização na Administração Pública	17
2.5 Atividades meio e fim.....	20
2.6 Legislação brasileira básica sobre terceirização	23
2.7 Entendimentos doutrinários.....	24
2.7.1 Terceirização lícita e ilícita	28
2.7.2 Riscos trabalhistas aos gestores de terceirização.....	32
3 ESTUDO DE CASO: LIMPEZA E HIGIENIZAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	38
3.1 Contratação terceirizada de serviços de limpeza e higienização.	38
3.1.1 Do objeto	38
3.1.2 Caracterização de terceirização lícita	41
3.1.3 Recrutamento do pessoal terceirizado.....	44
3.1.4 Procedimentos de acompanhamento e fiscalização	46
3.1.5 Materiais e equipamentos.....	49
3.2 Crítica ao modelo patrimonialista de gestão da terceirização	50

CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS.....	55
ANEXO I – Manifestação da Área de Gestão de Pessoal - Correlação de	
Atividades Terceirizadas x Cargos Efetivos	58

INTRODUÇÃO

As transformações vividas pelas organizações e pela própria necessidade de direcionar esforços para atividades finalísticas na busca constante do melhor desempenho institucional, redução de custos e, principalmente, ao melhor aproveitamento dos recursos humanos disponíveis, a Administração Pública tem transferido diversas atribuições de menor complexidade a terceiros especializados que dão suporte ao cumprimento de sua missão institucional.

Este estudo analisa o instituto da terceirização de serviços desde a sua origem e conseqüente implementação no âmbito da Administração Pública, seus contornos administrativos e implicações nas relações trabalhistas, bem como o tratamento jurídico dado à matéria em nosso país, segundo aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais vigentes.

O presente estudo trata de um exame de caso de cunho investigativo cuja metodologia de pesquisa utilizada contemplou um leque bibliográfico e documental de publicações em livros e artigos doutrinários, decisões jurisprudenciais e respectiva legislação em vigor sobre o tema.

Nesse contexto, o objetivo principal foi fazer uma análise do contrato de terceirização dos serviços de limpeza e higienização do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de verificar os aspectos jurídicos e práticos que merecem relevo e atenção por parte do gestor público na condução e fiscalização da terceirização.

O trabalho encontra-se estruturado em três capítulos: no primeiro, traz a noção dos três modelos básicos de Administração Pública como formas de gestão da coisa pública frente aos interesses da coletividade; no segundo, aborda o tema terceirização a partir da conceituação, surgimento e aplicação pela Administração

Pública em um cenário legal, doutrinário e jurisprudencial, como procedimento necessário ao bom desempenho das atividades de apoio consideradas meio; no terceiro, é feita uma análise do contrato terceirizado em vigor de serviços de limpeza e higienização do Superior Tribunal de Justiça com o intuito de verificar sua aderência aos ditames legais, doutrinários e jurisprudenciais.

Espera-se demonstrar com este estudo a importância da terceirização para a Administração Pública no desempenho de suas atribuições e despertar para os gestores que a boa gestão da terceirização está além do cumprimento de cláusulas contratuais, mas também de sua adequação ao interesse público e que a opção por parcerias para realização de atividades auxiliares necessitam de transparência e aderência aos ditames legais.

1 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 Considerações gerais

Governo e Administração Pública são termos ligados e não é raro serem confundidos, apesar de possuírem conceitos diferenciados nos vários aspectos que se apresentam.

Segundo Meirelles (2008, p. 95) o “Governo em sentido formal é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos”.

Meirelles (2008, p. 95) destaca que “o importante é saber que o Governo possui expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente. O governo atua mediante atos de soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos”. Adicione-se, ainda:

Administração Pública em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em sentido operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade (MEIRELLES, 2008, p. 65).

De forma geral a Administração Pública é, portanto, todo o aparelhamento do Estado organizado para realizar serviços com o objetivo principal de satisfação das necessidades coletivas.

Além disso, Meirelles (2008, p. 65) informa que a “Administração Pública não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes”.

O estudo da Administração Pública remete ao conhecimento dos modelos utilizados no decorrer da história para se entender os efeitos e impactos gerados em

relação à finalidade básica do Estado de defender a coisa pública, no intuito de alinhar providências para corrigir as deficiências que se apresentem na atualidade.

A Administração Pública em síntese teve sua evolução histórica por meio de três modelos clássicos: patrimonialista, burocrático e gerencial. Apesar de ser apontada a sucessão dos modelos no decorrer da história da Administração Pública a verdade é que as características de cada modelo continuam presentes nos dias atuais (BRASIL, 1995, p. 15/16).

A característica marcante do modelo patrimonialista era ou é atender os interesses da classe dominante, tendo como efeitos principais a corrupção e o nepotismo deixando de lado a defesa do interesse público.

“Na tentativa de corrigir ou tentar evitar à corrupção e o nepotismo, o modelo burocrático estabeleceu um método de organização racional legal voltado para a própria administração. A característica principal desse é a efetividade no controle dos abusos e possui como disfunção a ineficiência, a auto-referência, a incapacidade de voltar-se para a sociedade como cliente” Brasil (1995, p. 15-16)

Portanto, oposto ao modelo gerencial, conforme a seguir:

Para o modelo gerencial, baseado nos métodos da administração do setor privado, o controle não é feito nos processos de trabalho e concentra-se nos resultados obtidos e na satisfação da sociedade como cliente (BRASIL, 1995, p. 15-16).

1.2 Administração Pública Patrimonialista

Herdado do período feudal, o modelo patrimonialista de Administração Pública buscava ou busca atender aos interesses da classe dominante, representando mero instrumento de usurpação de poder. O poder que emana do povo passa a ser utilizado pelo governante para seu interesse e de seus parceiros.

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas (BRASIL, 1995, p. 15-16).

Segundo Granjeiro (2004, p. 341) “a *res publica* não é diferenciada da *res principis*, ou seja a “coisa publica” não é diferenciada da “coisa do governante””.

Desta forma, marca o modelo patrimonialista de Administração Pública a corrupção e o nepotismo que compromete a defesa do interesse público por parte do estado em detrimento do interesse da minoria.

No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável.

1.3 Administração Pública Burocrática

Em resposta ao clamor público e ao regime democrático em um contexto de rejeição a um modelo de administração corrupta e nepotista surge o modelo burocrático com o propósito de eliminar os abusos gerados pelo patrimonialismo favorecedor da classe dominante.

O modelo burocrático surge no seio do Estado Liberal, em conjunto com o capitalismo e a democracia, haja vista a necessidade de atitude contra a ingerência dos bens públicos que se confundiam com os privados (BRASIL, 1995, p. 15-16).

Segundo o Plano Diretor (Brasil 1995, p. 15-16) os princípios básicos orientadores do desenvolvimento da administração burocrática era a profissionalização, idéia de carreira, hierarquia funcional, impessoalidade e formalismo, ou seja, o poder racional-legal, baseado na razão e na lei.

O principal objetivo da implementação do modelo burocrático era controlar o conteúdo da ação governamental, para evitar que a classe dominante agisse em proveito próprio e contra os interesses coletivos.

O controle era posto em primeiro plano como forma de ditar o modo como as coisas deviam ser feitas. Regular os procedimentos e insumos, fez com que se passasse a ignorar resultados que eram obtidos para atender as necessidades da sociedade como cliente. Como resultado o Estado volta-se para si mesmo e perdia a noção de sua função básica que é servir à sociedade (BRASIL, 1995, p. 15-16).

1.4 Administração Pública Gerencial

A temática do modelo de Administração Pública gerencial é muito bem abordada no Plano Diretor de Reforma do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

Administração Pública Gerencial - Emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da Administração Pública - a necessidade de reduzir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário - torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações. (BRASIL 1995, p. 15-16)

Apesar deste arcabouço a Administração Pública gerencial não nega os princípios da Administração Pública burocrática. A principal diferença é o fato de se concentrar no controle dos resultados e não no controle dos processos de trabalho, ou seja, uma administração voltada para os resultados em prol da sociedade.

Na Administração Pública gerencial a estratégia foca na precisão dos objetivos a serem atingidos pelo gestor público que deverá maximizar os recursos colocados a sua disposição. A máxima seria a prestação de contas a posteriori com os resultados alcançados.

Para obtenção dos resultados esperados os gestores são dotados de maior autonomia em que no campo da estrutura organizacional, a descentralização e a redução dos níveis hierárquicos tornam-se essenciais. Desta forma, a marca principal deste modelo de Administração Pública é permitir a maior participação do setor privado em parceria com o setor público e deslocar a ênfase dos procedimentos (meios), característica fundamental da administração burocrática, para os resultados (fins).

2 TERCEIRIZAÇÃO

2.1 Conceito

Segundo Ferreira (2004, p. 773), terceirização significa “atribuição a empresas independentes, i.e., a terceiros, processos auxiliares à atividade principal de uma empresa”.

Na Administração Pública a hipótese de transferir suas atividades acessórias para uma empresa capacitada tomadora dos serviços por meio de um contrato pode-se denominar terceirização.

Entende-se por terceirização como a possibilidade de contratação de terceiros para realização de atividades-meio da empresa, isto é, aquelas atividades que não constituem seu objeto principal, sua atividade assencial. Essa contratação pode envolver tanto a prestação de serviços quanto a produção de bens. A terceirização é vista como uma forma de administração da empresa, que objetiva organizá-la de acordo com os novos métodos da atividade empresarial.(MARTINS, 1997 *apud* RAMOS, 2001, p.50).

Terceirização é definida como “a transferência a outras organizações de certos serviços ou atividades, que se põem como atividades-meio, para que uma empresa possa desenvolver suas atividades-fim” (PEDRO NETO, 1992 *apud* RAMOS, 2001, p.51).

Os mencionados conceitos convergem no mesmo sentido quanto ao aspecto da terceirização ser voltada às atividades auxiliares, de apoio, atividade-meio e que a atividades considerada fim, em tese, não poderiam ser terceirizadas.

Entretanto, adverte Ramos (2001, p. 51) “os conceitos de terceirização que circunscrevem o processo às atividades-meio do tomador do serviço não analisam a questão em sua inteireza. Na realidade, o fenômeno não se limita às atividades-meio, atingindo as atividades-fim das entidades terceirizadas”.

“Existem outros exemplos além do sempre citado caso da indústria automobilística, mera montadora de peças produzidas por diversas indústrias de pequeno porte ou médio. É a hipótese têxtil, em que as vestimentas, depois de cortadas na fábrica, são encaminhadas a terceiros

para os trabalhos de cerzimento, colocação de botões e outros detalhes de acabamento, retornando apenas para receber a “etiqueta-grife” (Ramos 2001, p. 51-52).

Ou seja, trata-se de mera estratégia gerencial, conforme a seguir:

A distinção tão difundida na doutrina e na jurisprudência entre atividade-meio e atividade-fim não é elemento necessário do conceito, tendo relevância apenas para distinguir a terceirização lícita da ilícita no seio do direito do trabalho e sua conseqüente repercussão na individualização do vínculo de emprego. Até porque, no âmbito privado, a atividade-fim da empresa é direcionável de acordo com a estratégia de administração a ser adotada no momento. (RAMOS, 2001, p. 53).

2.2 Marco histórico da terceirização

Ao retomar o passado, compreende-se melhor o desenvolvimento do instituto da terceirização, que promoveu profundas modificações nas clássicas relações de trabalho, tanto no âmbito das relações privadas como também nas relações de trabalho regidas por normas de direito público, como as contratações feitas pela Administração Pública.

A terceirização, assim entendida como a transferência a terceiros de atividades secundárias que não faz parte da linha principal de atuação de uma organização, encontra sua origem nos Estados Unidos da América durante a Segunda Guerra Mundial no seio das indústrias bélicas, considerando que este é o marco histórico da terceirização interferindo na sociedade e na economia (VIEIRA, 2008, p. 23).

2.3 Surgimento da terceirização no Brasil

Conforme relatado por Vieira (2008, p. 23) “a terceirização teria sido introduzida no Brasil nas décadas de 50 e 60 pelas empresas multinacionais do setor automobilístico, pelo interesse que tinham em se preocupar apenas com a essência do seu negócio”. As empresas que têm por atividade limpeza e conservação também são consideradas pioneiras na terceirização de serviços no Brasil, pois existem desde, aproximadamente, 1967.

2.4 Terceirização na Administração Pública

Para a Administração Pública o marco evolutivo de descentralização e flexibilidade na prestação de serviços públicos foi o Decreto-Lei nº 200/1967. Instituído durante o regime militar, o mencionado Decreto-Lei visava reduzir a burocracia estatal e o crescimento desmesurado do Estado e recomendava a terceirização nos seguintes termos do art. 10, § 7º:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

A busca por maior eficiência e a redução dos custos são fatores determinantes para a manutenção da máquina do Estado. Assim, ganha espaço o modelo baseado na racionalização do processo de produção e na redução da estrutura administrativa, com a utilização de novas técnicas de produção e de administração, nas quais se insere a terceirização de atividades.

“Aos poucos foi se reconhecendo que o Estado não deve executar diretamente uma série de tarefas. Que reformar o Estado significa, antes de mais nada, definir seu papel, deixando para o setor privado e para o setor público não-estatal as atividades que não lhe são específicas”, ou seja, o Estado delimitando e definindo suas prioridades. (Pereira 1997, p. 22).

Portanto, não se trata somente em transferir atividades a terceiros, mas também o Estado definir seu papel e prioridades.

No Brasil, o debate sobre a necessidade de reforma do Estado foi intenso na primeira metade da década de 1990, quando as experiências dos países mais desenvolvidos já permitiam notar que nem sempre a retirada do Estado das atividades produtivas acarretava uma redução no tamanho do Estado, mas tão-somente uma mudança em suas prioridades (REZENDE, 2006, p.30 a 35).

O momento vivido pelo país era de crise política agregada à crise econômica persistente, até que, em 1994, no governo Itamar Franco, a economia foi estabilizada após a implantação do Plano Real. Em seguida (1995), já no governo Fernando Henrique Cardoso, foi aprovado e implantado o Plano Diretor da Reforma do Estado.

A reforma prevista no Plano Diretor de Reforma do Estado visava delimitar o tamanho do Estado, redefinir o papel regulador do Estado, recuperar a capacidade financeira e administrativa do governo e assegurar a governabilidade. (BRASIL, 1995, p. 32).

Na delimitação do tamanho do Estado estavam previstas ações envolvendo a privatização de empresas estatais e a terceirização das atividades consideradas auxiliares ou de apoio, como os serviços de limpeza, vigilância, transporte, copeiragem, serviços técnicos de informática e processamento de dados e outros.

No esteio da desestatização, ganha impulso a terceirização na Administração Pública, caracterizada pela contratação de empresas privadas para a prestação de serviços, em substituição à execução direta por parte do setor público (RAMOS, 2001, p. 42).

Para poder terceirizar atividades secundárias e de menor expressão em termos de complexidade o Plano Diretor de Reforma do Estado também previa uma reestruturação da política de recursos humanos nos seguintes termos:

O Plano de Reforma do Estado também propôs uma nova política de recursos humanos. Pela nova política, o recrutamento de novos servidores seria orientado para a priorização do provimento de cargos nas áreas de formulação de políticas e nas funções típicas de Estado, evitando-se o preenchimento de vagas para atividades de menor qualificação e em áreas de apoio administrativo (BRASIL, 1997, p. 46).

Nesta esteira de reformulação da política de recursos humanos cumpre destacar a criação de novas carreiras de nível superior e a extinção dos cargos de nível médio e intermediário, não sendo autorizado mais concursos públicos para esses cargos, e sim a prática de contratação terceirizada.

Diante disso, é válido mencionar legislações que promoveram a extinção de cargos públicos:

- 1) Lei nº. 9.632, de 07 de maio de 1998, que dispõe sobre a extinção de cargos no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências, pela qual foram extintos aproximadamente 10 mil cargos públicos;
- 2) Decreto nº. 4.547, de 27 de dezembro de 2002, que dispõe sobre a extinção de cargos efetivos no âmbito da Administração Pública Federal.

Nesse contexto, cumpre ressaltar as possibilidades de terceirização delineadas pelo órgão de controle externo em cumprimento ao dever de prestar contas que Administração Pública está sujeita.

O Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, entende serem irregulares contratações terceirizadas para prestação de serviços quando as atividades a serem desenvolvidas façam parte do rol de atribuições dos cargos efetivos.

Nesse sentido, cumpre destacar o julgamento dos processos TC - 225.096/93-5, TC - 475.054/95-4, TC- 000.384/90-9, entre outros inúmeros, entendendo aquela Corte que em razão dos Decretos 71.236/72, 74.448/74 e Leis 5.645/70 e 5.845/72, não é possível terceirizar atividades típicas de cargos efetivos.

Apesar dessa jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União há a possibilidade em se tratando de atividades inerentes de cargo extinto ou colocado em extinção ou quando ocorrer aumento substancial da demanda, em caráter temporário.

Para Fernandes (2002, p. 62), a melhor norma a explicitar com clareza a terceirização lícita foi o Decreto Federal nº. 2.271, de 07 de julho de 1997, que dispõe em seu art. 1º, § 2º.

[...]

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

[...]

Ao cuidar da análise das contas do Governo da República referentes ao exercício de 2006, o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2007, p. 62) comenta sobre a legalidade da terceirização na Administração Pública.

A Corte de Contas reitera que a terceirização envolve a contratação de empresas para desenvolver atividades ligadas à área-meio, sem vínculo de subordinação com a Administração. Segundo o Tribunal de Contas da União, a terceirização que não atender a esses requisitos padece de irregularidade, pois viola o inciso II do art. 37 da Constituição Federal, o Decreto nº 2.271/1997 e a legislação trabalhista.

O crescimento desproporcional da terceirização de mão-de-obra, em relação à despesa com pessoal em alguns órgãos superiores do Poder Executivo Federal, mereceu o seguinte comentário do Tribunal de Contas da União, no relatório sobre as contas do governo, exercício de 2006:

o Ministério Público do Trabalho tem firmado Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta a fim de que diversos órgãos e entidades cumpram o que consta da Súmula 331/2004 do Tribunal Superior do Trabalho, que impõe, entre outras observações, a utilização da terceirização apenas para atividades meio (BRASIL, 2007, p. 67).

2.5 Atividades meio e fim

A atividade-meio é aquela não representativa do objetivo principal da empresa, não fazendo parte, portanto, do processo produtivo e caracterizando um

serviço necessário, mas não essencial. Pode-se dizer que atividade-meio é aquela que se presta a dar condições para que uma empresa atinja seus objetivos principais.

A atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não coincide com seus fins principais. É a atividade de apoio ou complementar. (MARTINS, 1995, p. 22).

Assim, podemos concluir que atividade-meio é a atividade que possui caráter meramente secundário, auxiliar, distante do escopo fundamental ao qual está inserida a empresa.

No âmbito da empresa privada ganha destaque a discussão sobre atividade-meio e atividade-fim com o objetivo de delimitar a terceirização considerada lícita da ilícita pelo direito do trabalho. Em consequência, ainda que a empresa privada terceirize sua atividade-fim, adotando a terceirização que a doutrina e os tribunais trabalhistas têm denominado de ilícita, sua conduta será juridicamente irrelevante se não forem descumpridos os direitos sociais dos trabalhadores envolvidos no contrato (RAMOS, 2001, p. 123).

Atividade-fim compreende as atividades essenciais e normais para as quais a empresa se constitui. É seu objetivo a exploração do ramo de atividade, expressa nos objetivos e na missão institucional. Incluem-se na atividade-fim a produção de bens, prestação de serviço e a comercialização de produtos.

Pode-se definir a atividade-fim da empresa como a atividade principal, central da empresa, direta, de seu objeto institucional.

Ressalta-se, entretanto, para que não haja vínculo empregatício com a tomadora de serviços, é necessário que a pessoalidade e subordinação direta do empregado se dêem com a empresa fornecedora de mão-de-obra. Caso os serviços sejam executados no estabelecimento da tomadora, devem ser executados sob ordens de preposto da prestadora e não da tomadora.

A Administração Pública, diferentemente da iniciativa privada, possui núcleo central composto por atividades essenciais a serem geridas pelo setor Público e atividades de restrição de direitos. Esse núcleo, tendo em vista a sua essencialidade, além de não admitir a delegação da gestão, não admite

também a sua execução, enquanto todo harmônico, por particular para esse fim contratado (RAMOS, 2001, p. 123).

O Plano Diretor de Reforma do Estado assinala quatro setores diferentes que constam as atividades essenciais do Estado;

- a) Núcleo Estratégico, responsável pelo planejamento e formulação de políticas públicas (no Poder Executivo corresponde ao Presidente da República, Ministros e assessores diretos);
- b) Atividades Exclusivas, que, por corresponderem ao poder estatal de regulamentação, fiscalização e fomento, só pelo setor público podem ser prestadas (ex. cobrança e fiscalização de impostos, polícia e previdência social básica, serviço de desemprego, fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, serviço de trânsito, serviços de saúde, controle do meio ambiente, educação básica, emissão de passaportes dentre outros);
- c) Serviços não exclusivos, que não envolvem poder de império estatal, mas que são atividades relevantes por envolverem direitos humanos fundamentais ou por produzirem “ganhos” que podem ser distribuídos à sociedade sob a forma de lucro: são universidades, hospitais, centros de pesquisa e museus;
- d) Produção de bens e serviços para o mercado, que se refere a atividades econômicas que objetivam lucro, mas que ficaram sob o controle estatal em decorrência da insuficiência dos capitais privados para implantá-los ou por serem atividades de caráter monopolístico, em que o interesse público clama pela submissão a um poder regulador.

Dentro desse quadro, os dois primeiros setores correspondem a atividades que não poderiam sair da esfera pública de gestão, por estarem ligados ao núcleo essencial do Estado.

Assim, toma relevância o estudo das atividades meio e atividades fim na medida em que é imprescindível discutir se a terceirização poderá atingir, no âmbito do Estado, as atividades que constituem o cerne de sua existência.

2.6 Legislação brasileira básica sobre terceirização

Apesar da forte expansão do processo de terceirização e de seus imensos feitos sobre as relações de trabalho, não há no Brasil uma lei específica que regule as várias dimensões da terceirização, especialmente no campo das relações de trabalho. O que existem são algumas leis, decretos, súmulas e enunciados que, direta ou indiretamente, regulamentam alguns dos aspectos comerciais e trabalhistas do fenômeno. Os principais instrumentos da precária regulação da terceirização são expostos no quadro a seguir.

LEGISLAÇÃO	CONTEÚDO
Enunciado 331 do TST	Contrato de prestação de serviços
Artigo 443 da CLT	Contratação de mão-de-obra por tempo determinado
Lei 7.102, de 20/6/1983 (alteradas pelas Leis 8.863 de 1994 e 9.017 de 1995)	Segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores
Decreto nº 89.056 de 1983	Segurança para estabelecimentos financeiros; estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores e dá outras providências. Regulamenta a Lei 7.102 de 1983
Lei 8.036, de 11/5/1990 (artigo 15, parágrafo 1º e 2º)	FGTS [Nos referidos artigos, há a definição de empregador pessoa física ou jurídica; fornecedor ou tomador de mão-de-obra; trabalhadores que prestam serviços].
Lei 8.863 de 1994 (altera a Lei 7.102, de 20/06/1983)	Terceirização de vigilância foi ampliada para toda a área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para a pessoa física.
Lei 8.949 de 1994	Acrescenta parágrafo ao artigo 442 da CLT, para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados
Lei 9.472 de 1997	Organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº8, de 1995 (especialmente o artigo 94)
Enunciado 256 do TST, de 1986	Consolida a jurisprudência sobre mão-de-obra temporária
Lei 9.601, de 1998	Contrato de trabalho por prazo determinado
Decreto-Lei 200, de 25/2/ 1967 (especialmente o art.10)	Organização da Administração Federal; estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa
Lei 5.645, de 1970	Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do serviço civil da União e das autarquias federais
Lei 8.666, de 21/6/1993	Regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública
Decreto 2271, de 1997	Contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.
Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008.	Regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não.

Quadro 1 – Legislação relacionada à prestação de serviços terceirizados

2.7 Entendimentos doutrinários

O instituto da terceirização tem sido motivo de acirrados debates acadêmico, judicial e doutrinário. Assim, vale tecer entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema e que de certa forma contribuem para os estudos de aperfeiçoamento desta importante ferramenta em que a Administração Pública em geral vem se socorrendo para conseguir atender aos anseios da sociedade.

A terceirização, que é bastante utilizada na iniciativa privada, aparece entre os institutos pelos quais a Administração Pública moderna busca a parceria com o setor privado para a realização de suas atividades. Pode-se dizer que a terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública. (DI PIETRO, 2009, p. 212).

Fazendo referência aos contratos de serviços terceirizados, Vieira (2008, p. 31) define que “a terceirização é um modelo de gestão em que a Administração contrata os serviços de terceiros (particulares), não podendo ser confundida com contratação de mão-de-obra”.

Além disso, Vieira (2008, p. 32) informa que a administração deve exigir dos seus contratados que sejam especialistas na prestação do serviço, devendo observar nessa relação:

- a) a não subordinação direta do pessoal da empresa à contratante;
- b) exclusividade de prestação de serviços pelo terceiro à Administração;
- c) pessoalidade com empregados da empresa;
- d) obrigação da empresa em recolher os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, conforme

Lei nº. 8.666/93, art. 71, §§1º e 2º; Lei nº. 9.032/95, art. 31; e Decreto nº. 3.048/99, art. 219.

Vieira (2008, p. 34) rejeita o conceito de que terceirizar significa simplesmente contratar mão-de-obra para executar tarefas definidas. Na realidade, afirma Vieira (2008, p. 34), “terceiriza-se os serviços exigindo profissionalismo por parte da empresa, por intermédio do gestor/fiscal do contrato”.

Entretanto, admite que a contratação de alguns serviços implica a alocação de mão-de-obra nas dependências da contratante.

É muito importante que a instituição saiba conviver de forma harmoniosa com a mão-de-obra agregada ao seu ambiente de trabalho, com o objetivo de que os serviços executados não venham a ser prejudicado e não sofram interrupção de continuidade (VIEIRA, 2008, p. 28).

Vieira (2008, p. 35) destaca ainda, a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho nº. 331 que em seu inciso terceiro possui a seguinte redação:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº. 6019, de 3.1.74), de conservação e limpeza, bem como de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação.

Já para Marques e Abud (2007, p. 24), “a terceirização é a transferência da produção de bens ou serviços para outra empresa ou pessoa”. Essa descentralização das atividades da empresa, segundo eles, “decorre da necessidade de especialização e aperfeiçoamento das atividades, da redução de custos e do desenvolvimento de novas técnicas de administração para melhor gestão de negócios e aumento de produtividade”.

Marques e Abud (2007, p. 24) entendem ainda que “o trabalhador terceirizado é empregado, contratado pela empresa prestadora de serviços para trabalhar para a empresa tomadora dos serviços” Entretanto, complementam que, “o referido empregado está sujeito às ordens da empresa prestadora de mão-de-obra de quem recebe o seu pagamento”

Para alguns doutrinadores contratação terceirizada tem ensejado graves distorções no processo de terceirização abrindo-se margem para corrupção administrativa: Vejamos a seguir um desses entendimentos:

A carência de pessoal efetivo passa a ser suprida ao largo do regime do concurso público. Apesar de o processo de licitação para a escolha das empresas prestadoras de serviços também constituir instrumento de realização do princípio da impessoalidade, ele não produz com a mesma eficácia o propósito da seleção de pessoal, pois não impede as ingerências dos administradores na escolha dos trabalhadores terceirizados. (AMORIM, 2009, p. 77).

Além disso, destaca a presença nos órgãos públicos de favorecimentos de pessoas e lança a seguinte crítica:

Tornou-se comum, nos órgãos públicos, a prática nepotista, camuflada por seu caráter aparentemente benemérito e protetivo, deflagrada nas situações em que trabalhadores terceirizados tornam-se beneficiários de uma indevida estabilidade no exercício da mesma função terceirizada por força da proteção pessoal que lhes é conferida por administradores públicos. (AMORIM, 2009, p. 77)

Di Pietro (2009, p. 177-178), por sua vez, faz ressalva às contratações de serviços envolvendo a alocação de mão-de-obra. Segundo ela, tais contratos são celebrados como sendo de prestação de serviços técnicos especializados, de modo a assegurar uma aparência de legalidade, quando, na realidade, não há a prestação de serviços por parte da empresa contratada, que se limita apenas a fornecer mão-de-obra para o Estado.

Para Di Pietro (2009, p. 178), esses contratos são manifestamente ilegais, por corresponderem a uma falsa terceirização, com a intenção de burlar a exigência constitucional de concurso público, favorecendo o apadrinhamento político e contrariando o interesse público.

A inobservância ao princípio da impessoalidade mereceu críticas de Fernandes (2002, p. 56). Condena as iniciativas de alguns dirigentes que indicam às contratadas as pessoas que essas devem contratar. Segundo ele, essas iniciativas “estão estabelecendo uma relação inusitada que compromete toda a imagem de

proibidade do serviço público, criando 'hierarquias paralelas' por vínculos não funcionais e promíscuos".

Fernandes (2002, p. 56) recomenda cautela no uso da terceirização de mão-de-obra no âmbito da Administração Pública, haja vista que "o tema se presta à polêmica, pois incidem poderosas forças antagônicas sobre essa nova forma de desenvolver as atividades no âmbito do serviço público".

Crítica mais contundente ao descumprimento da regra da impessoalidade na terceirização de mão-de-obra pela Administração Pública faz Di Pietro (apud RAMOS, 2001, p. 10). Adverte que a terceirização na modalidade de fornecimento de mão-de-obra, "por sofrer bastante restrição pela jurisprudência trabalhista, com mais razão tem de ser vista com cautela no âmbito da Administração Pública".

Segundo Di Pietro (apud RAMOS, 2001, p. 10), nos contratos de fornecimento de mão-de-obra, "aparecem os atributos da pessoalidade e subordinação na relação entre o pessoal da empresa contratada e o tomador de serviços, caracterizando verdadeira relação de emprego". A situação, conclui, "favorece o nepotismo e apadrinhamento, como se verifica em situações em que muda a empresa prestadora de serviços, mas os empregados são os mesmos que prestavam serviços em nome da empresa anterior".

Para Fernandes (2002, p. 56 e 83), a terceirização de serviços constitui um instrumento de trabalho que pode e deve ser implementada com vantagens significativas para a Administração Pública, desde que adotada com cautela.

Na busca de alternativas para a adequação dos gastos aos rígidos limites impostos, a terceirização surge como enganosa solução para o problema (RAMOS, 2001, p. 161).

Constata que a terceirização seria um dos instrumentos utilizados pelo Poder Público na tentativa de implantar uma Administração Pública gerencial, afastando a administração burocrática e introduzindo o Estado em um quadro de modernidade, adequado às exigências da economia globalizada (RAMOS, 2001, p. 161).

2.7.1 Terceirização lícita e ilícita

A terceirização dita lícita, ou legal, como referido por alguns doutrinadores, é a que respeita os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não havendo fraude a estes preceitos, distanciando-se da relação de emprego.

Segundo Vieira (2008, p. 33) “para decidir sobre a contratação dos serviços continuados, deverá seguir a seguinte situação”:

1. Saber qual a missão institucional do órgão;
2. Separar quais as atividades fim e meio do órgão;
3. A Administração só poderá contratar os serviços para área meio;
4. Observar que a contratação é para cargos extintos, seja total ou parcial, do quadro de pessoal;
5. Observar que, ainda que a contratação de terceiros não se refira a área-fim, e sim a área-meio, os terceirizados não devem desempenhar atividades relativas a controle de dados na área de informática, por exemplo.

As contratações que sejam para a área-fim do órgão e as atividades desenvolvidas por servidor público não são procedimentos corretos, portanto combatido pelos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário.

O Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão Plenário n. 1705/2007 decidiu que “é indevida a contratação de mão-de-obra terceirizada ou de prestadores de serviço para os cargos inerentes as categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos e Salários da empresa, por constituir inobservância ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. A contratação de empresa

especializada em locação de mão-de-obra deve restringir-se as situações em que as características intrínsecas dos serviços impossibilitem a contratação da prestação dos mesmos”.

Por meio do Acórdão Plenário n. 1021/2007, a mencionada Corte de Contas entendeu que “é considerada ilegal a terceirização de atividades-fim, uma vez que devem ser exercidas por servidores componentes dos quadros da entidade”.

Além disso, o Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão Plenário n. 341/2009 foi além no trato da terceirização nos seguintes termos:

Crie normas internas dispondo sobre a política de terceirização de serviços, onde deve constar, obrigatoriamente, a proibição de terceirizar serviços afetos a sua área-fim.

Não leve em conta a possibilidade de terceirizar parte desses serviços, que devem ser atendidos com recursos próprios, ou mediante o instituto da contratação de trabalhadores temporários, nos exatos termos da Lei no 6019/1974. Realize a análise de custo/benefício em cada Processo de contratação, relacionado a terceirização de serviços de sua área-meio, para aferir se é mais vantajoso terceirizar o serviço ou executá-lo com empregados do próprio quadro, tendo em vista os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, insculpidos nos arts. 37, caput, e 70, caput, da Constituição Federal de 1988.

As terceirizações ditas lícitas estão elencadas na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. Este dispositivo delimitou quatro tipos de contratação terceirizada.

Autorizou a contratação de trabalhador temporário, desde que não ultrapasse três meses de prestação de serviços pelo funcionário na empresa tomadora. Pois, deduz-se da Lei 6.019/74, que trata de uma situação transitória de substituição do pessoal permanente da empresa tomadora ou trata-se de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.

Autorizou-se a contratação de atividades de vigilância, por tratar-se de força de trabalho e serviços especializados. Inclui-se neste rol de terceirização lícita o contrato de atividades de conservação e limpeza, uma vez que esta categoria é

uma das pioneiras da terceirização de trabalho no país, conforme expresso na Lei n.º 5.645/70.

Por último de terceirização autorizada pelo Tribunal Superior do Trabalho não foi discriminado nenhum tipo de atividade, apenas se limitou a definir como terceirização lícita todos os serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador. Neste grupo estão inseridas atividades que não se ajustam ao núcleo de atividades empresariais do tomador de serviços, não se ajustando à atividade-fim do tomador.

Apesar de a Súmula assegurar que a contratação de serviços especializados ligados a atividade-meio não gera vínculo empregatício com o tomador, Ramos (2001, p. 70) adverte que “a distinção entre atividade-meio e atividade-fim longe está de ser objetiva, não constituindo pilar seguro para alicerçar a diferença entre terceirização lícita e ilícita”.

É também lícita a terceirização de trabalho em domicílio, desde que feito sob forma de contratação de autônomos. Tal contratação é lícita desde que haja efetiva autonomia do prestador de serviços.

Outra contratação lícita é a do trabalhador avulso, exigindo-se, neste caso, a participação do sindicato da categoria profissional na contratação.

O Tribunal Superior do Trabalho teve o cuidado de esclarecer que para a terceirização ser lícita não pode haver pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços.

Em entendimento simétrico o Decreto nº. 2.271/1997 já vedava a inclusão de dispositivo em contrato que permita a subordinação dos empregados da contratada à administração do órgão contratante, art. 4º, inciso IV, conforme abaixo transcrito:

[...]

Art . 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

- I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;
- II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;
- III - previsão de reembolso de salários pela contratante;
- IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

[...]

A pessoalidade e subordinação também são proibidas pela vigente Instrução Normativa nº. 2, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. O art. 10 veda à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, como: direcionar a contratação de pessoas para trabalhar na empresa ou exercer o poder de mando sobre os empregados. Também proíbe que os trabalhadores da contratada sejam considerados como colaboradores eventuais do órgão ou entidade contratante, especialmente para efeito de concessão de diárias e passagens.

A citada Instrução Normativa em vigor determina à Administração reportar-se somente aos prepostos e responsáveis indicados pela empresa, exceto – diz a nova norma – quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário, ou seja, a própria norma taxou as exceções.

A terceirização ilícita, ou ilegal, é a que burla as leis trabalhistas, tornando-se locação permanente de mão-de-obra, podendo gerar fraudes e prejuízos aos trabalhadores, pois buscam apenas o melhor preço.

Para Ramos (2001, p. 66-67), na terceirização ilícita "o prestador nada mais faz do que colocar o trabalhador à disposição do tomador do serviço"

Somente o trabalhador temporário poderá ter pessoalidade e subordinação perante o tomador de serviços, numa vez que se deduz da Lei 6.019/74, que trata de uma situação transitória de substituição do pessoal

permanente da empresa tomadora ou trata-se de necessidade resultante de acréscimo extraordinário de serviços dessa empresa.

Para não caracterizar a pessoalidade na terceirização lícita, para a Administração Pública independe qual a pessoa física que irá exercer as atividades. Para ser caracterizada a subordinação direta, é necessário que o administrador público dirija os serviços diretamente, dando ordens aos empregados da empresa terceirizada e submetendo-os ao seu poder disciplinar.

"Se o tomador do serviço escolhe o trabalhador, dá ordens diretas a ele e não à empresa, exerce sobre ele o poder disciplinar, aplicando-lhe penalidades; se a empresa contratada se substitui, mas os trabalhadores continuam, o que ocorre é fornecimento de mão-de-obra, porque estão presentes a pessoalidade e a subordinação direta". (Di Pietro 2009, p. 233)

A terceirização ilícita realizada por empresas privadas gera o vínculo empregatício, e para a Administração Pública, como o vínculo apenas pode se dar, como regra, por concurso público (art. 37, II, CF), gera responsabilização, como, por exemplo, a caracterização de improbidade administrativa dos responsáveis, ressarcimentos por prejuízos aos cofres públicos, etc.

Di Pietro (2009, p. 233-234), ainda, observa: "O que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público".

2.7.2 Riscos trabalhistas aos gestores de terceirização

A terceirização de atividades de apoio sugere a cautela em termos econômicos, pois implica em mensuração de eficiência, produtividade, qualidade e custos. Os cuidados devem ser redobrados do ponto de vista jurídico, porquanto a terceirização de serviços poderá implicar reconhecimento de vínculo empregatício

com a tomadora dos serviços, além de gerar a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

As empresas tomadoras de serviços devem ter o máximo cuidado na contratação terceirizada de serviços sobremaneira na execução dos respectivos contratos, em razão dos riscos a que estão sujeitas.

Em relação às obrigações trabalhistas, em qualquer das hipóteses de terceirização lícita, é subsidiária a responsabilidade das empresas tomadoras com as empresas fornecedoras de serviços, Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, item IV:

[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

[...]

Diante disso, o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços.

O fato de o tomador dos serviços fazer parte da Administração Pública não afasta a incidência da responsabilidade subsidiária, mesmo que tenham sido observados todos os procedimentos legais para a contratação do serviço terceirizado, conforme previsto no Enunciado 331, inciso IV, do Tribunal Superior do Trabalho.

A responsabilidade subsidiária é de rigor para o tomador toda vez que houver terceirização dos serviços, sob pena de se retirar do trabalhador as proteções mínimas garantidas pelo ordenamento jurídico. É isso o que legitima a aplicação do Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, pois embora a

tomadora não seja a real empregadora do funcionário foi ela quem efetivamente beneficiou-se do serviço prestado.

Houve oscilação da doutrina e da jurisprudência no reconhecimento dessa responsabilidade, havendo interpretação não uniforme em razão do art. 71 da Lei 8.666/93, que dispõe:

[...]

Art. 71 - O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.”

§ 1º - A inadimplência do contratado, com referência aos encargos estabelecidos neste artigo, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de imóveis”.

[...]

O referido dispositivo, efetivamente, exclui a responsabilidade da Administração Pública pelas obrigações trabalhistas, previdenciárias, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato firmado com empresas prestadoras de serviços que se submeteram a regular processo licitatório.

No entanto, o Enunciado de Súmula do Tribunal Superior do Trabalho n. 331, em seu inciso IV reconheceu a responsabilidade do tomador de serviços, sem excepcionar o ente público.

Isto motivou o surgimento de fortes argumentos no sentido de que a exceção contida naquela Lei não poderia ser derogada pela disciplina obtida a partir da uniformização de jurisprudência.

Outros defendiam o entendimento, não menos consistente, de existência da responsabilidade subsidiária desses entes, em face do art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que as empresas públicas ou sociedades de economia mista, e outras entidades que explorem atividade econômica, sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, inclusive no que concerne às obrigações trabalhistas.

O fundamento para que se chegue a tal conclusão está assentado na própria norma constitucional que fixa como princípios basilares da Administração Pública a legalidade, impessoalidade e moralidade pública que não permitem ao ente Administrativo se eximir da responsabilidade quando, em decorrência de ato seu, gera prejuízos a terceiros.

Com base em tais princípios, não há como isentar da responsabilidade o beneficiário dos serviços, com base no art. 71 da Lei 8.666/93. Ressalte-se que o art. 58 da Lei em comento determina, também, em seu inciso III, o dever de fiscalização do ente público para com seus contratados, o mesmo ocorrendo com o art. 67 do mesmo diploma legal. Dessa forma, numa análise sistêmica do fato normativo colocado à apreciação jurisdicional, conjugado com o regramento positivado da matéria, não há como se permitir simplesmente ser subtraída da responsabilidade o tomador do serviço.

Diante disso, entendeu Tribunal Superior do Trabalho, no julgamento do incidente já mencionado, que o art. 71, §1º da Lei 8.666/93 somente se aplica quando o “contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou pautou-se nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente. Com efeito, evidenciado, posteriormente, o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária.”

Isto porque, não fiscalizando o efetivo cumprimento de todas as obrigações contraídas pela empresa prestadora de serviços na execução do contrato entre as partes, resta configurada a culpa in vigilando, tornando-se, como

qualquer tomador de serviços, co-responsável pelas obrigações contraídas pela empresa prestadora de serviços.

Portanto, ainda nas hipóteses em que o contrato de trabalho celebrado entre as empresas seja de terceirização e que tenha observado as regras pertinentes a licitação de serviço, isto por si só não afasta a responsabilidade daquele que se beneficia do serviço, ainda quando o trabalho desenvolvido não esteja totalmente inserido na atividade fim da empresa.

Por imposição legal, há responsabilidade solidária do tomador de serviço, em relação aos depósitos de FGTS e recolhimento de contribuições previdenciárias.

Quanto aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, também há solidariedade das empresas tomadoras com as empresas fornecedoras de serviços, nos termos do art. 15, § 1º, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, e do art. 2º, inciso I, do Regulamento do FGTS (Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990). Tais dispositivos legais consideram empregadores tanto a empresa fornecedora como a tomadora de serviços ou mão-de-obra que admitirem trabalhadores a seu serviço, independentemente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária que tenham se obrigado ou venha a ser reconhecida em momento posterior.

Com referência às obrigações previdenciárias, também é solidária a responsabilidade das empresas tomadora e fornecedora de mão de obra. A Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio, no seu art. 12, inciso I, alínea b, e o Regulamento da Organização e do Custeio da Seguridade Social (Decreto 356, de 7 de dezembro de 1991, com a nova redação dada pelo Decreto 612, de 21 de julho de 1992), estabelecem, nos termos do artigo 10, inciso I, alínea b, do aludido regulamento.

Enfim, relativamente aos riscos, as empresas tomadoras e as empresas fornecedoras de serviços ou mão-de-obra têm responsabilidade subsidiária, quanto às obrigações trabalhistas. Entretanto, a responsabilidade é solidária, quanto ao FGTS e às contribuições previdenciárias cabíveis.

3 ESTUDO DE CASO: LIMPEZA E HIGIENIZAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.1 Contratação terceirizada de serviços de limpeza e higienização.

3.1.1 Do objeto

A escolha do objeto a ser contratado mediante licitação pública é de suma relevância, uma vez que deve estar respaldado pela legislação, entendimentos do Poder Judiciário e dos órgãos de controle.

O Contrato STJ n. 40/2010, Processo STJ n. 121/2010, estabeleceu como objeto a prestação de serviços de limpeza e de higienização a serem realizados nas dependências do Superior Tribunal de Justiça, sediado em Brasília-DF.

A princípio verifica-se um acerto no que tange à possibilidade de terceirização por parte da Administração Pública, haja vista que foi contratado pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante licitação pública, serviços de limpeza e higienização.

Diverso seria se o Superior Tribunal de Justiça tivesse contratado mão-de-obra para os serviços de limpeza e higienização, possibilidade apenas por meio de concurso público, caso ainda existissem tais quadros efetivos.

A contratação terceirizada de mão-de-obra é vedada expressamente pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, inciso II, ao dispor acerca da obrigatoriedade da prévia participação e a aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, para contratação de servidores públicos civis detentores de cargos de provimento efetivo regidos por lei específica ou empregados públicos regidos pela CLT.

Assim, podemos verificar que a terceirização, que visa a contratação de mão-de-obra, afronta as regras constitucionais sobre ingresso nos cargos e empregos públicos, que deve ocorrer por meio de concurso público.

Nessa linha de entendimento, o Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão Plenário n. 1705/2007 proferiu a seguinte decisão:

“É indevida a contratação de mão-de-obra terceirizada ou de prestadores de serviço para os cargos inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo Plano de Cargos e Salários da empresa, por constituir inobservância ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal. A contratação de empresa especializada em locação de mão-de-obra deve restringir-se as situações em que as características intrínsecas dos serviços impossibilitem a contratação da prestação dos mesmos”.

O que a norma constitucional vigente faculta é a terceirização dos serviços nos casos de atividade-meio, desde que mediante a contratação de outra pessoa jurídica, com a qual os empregados manterão vínculo direto e de quem devem receber as ordens, bem como a contraprestação pelo labor habitual.

Vale trazer a tona o ensinamento de Vieira (2008, p. 31) no qual define que “a terceirização é um modelo de gestão em que a Administração contrata os serviços de terceiros (particulares), não podendo ser confundida com contratação de mão-de-obra”.

Nesse mesmo sentido sustenta o Tribunal Superior do Trabalho ao dispor que a terceirização não deve ser vista como uma forma incontida de contratação de pessoal nas empresas ou entidades, razão pela qual delimitou como lícita apenas a terceirização que tem por objetivo a atividade-meio da empresa contratante, mas desde que não haja a subordinação direta nem a pessoalidade entre esta e o trabalhador.

Vejamos como dispõe o inciso III do Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho:

Enunciado 331

[...]

III _ Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.83), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados, ligados à atividade-meio do empregador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

[...]

Logo, o Tribunal Superior do Trabalho reconhece como terceirização lícita o contrato de atividades de conservação e limpeza.

Destaca-se o fato de que a terceirização será ilegal se envolver serviços que integram o rol de atribuições de cargos ou empregos integrantes dos planos de cargos ou salários do órgão ou entidade.

Desta forma, ganha importância o setor de gestão de pessoas, que no caso do Superior Tribunal de Justiça, presta o respaldo necessário no sentido de orientar os gestores se os serviços a serem contratados possuem relação com as atribuições constantes dos cargos efetivos.

No mencionado contrato STJ n. 40/2010, Processo STJ n. 121/2010 a área de gestão de pessoas emitiu parecer nos autos em que das 106 atividades previstas para os postos a serem contratados, nenhum possui correlação com os cargos do quadro efetivo.

Portanto, a prestação de serviços terceirizados de limpeza e higienização, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça possui respaldo da legislação em vigor, entendimento jurisprudencial e do Poder Judiciário.

No entanto, ao se referir a postos de trabalho, o contrato estabelece as categorias e as quantidades de trabalhadores necessários para prestar os serviços de limpeza, mas seria de bom alvitre que o contrato definisse os serviços e respectiva qualidade a serem prestados, pois a terceirização de serviços não deve ser confundida com a contratação de mão-de-obra.

Desta forma, a empresa terceirizada, por ser especializada, definiria a quantidade e que categoria de trabalhador seria necessário para executar os

serviços de acordo com a qualidade exigida para limpeza e higienização das dependências do órgão.

Assim, o foco de acompanhamento e fiscalização passaria dos postos de trabalhos para os serviços efetivamente prestados, considerando os padrões mínimos de qualidade estabelecidos, bem como as necessidades precípuas da organização.

3.1.2 Caracterização de terceirização lícita

Não há critério absolutamente seguro e definido para diferenciação das atividades principais e acessórias em diversas situações reais, a tal ponto de o critério tornar-se determinante no que tange à responsabilização das organizações na intermediação de mão-de-obra.

Os critérios para aferição da atividade-fim e/ou atividade-meio envolvem certa carga de subjetividade. Vez por outra, nos deparamos com situações conflitantes, relativamente a definição de tais temas que vão desencadear no no judiciário.

Vale trazer para o estudo de caso em epígrafe o nosso entendimento de atividade-meio, aquela que serve apenas de suporte para as atividades-fim da organização. O diferencial a ser buscado aqui é entre a atividade-fim e a atividade-meio, feita através da análise do contrato, a atividade precípua do Superior Tribunal de Justiça e a possibilidade da empresa prestadora Dops serviços de limpeza e higienização está habilitada à execução dos serviços.

As atribuições finalísticas do Superior Tribunal de Justiça são de possuir guarita constitucional e perfeitamente delineadas. Suas atribuições finalísticas estão relacionadas a sua atividade típica judicante.

No entanto, consta de suas atribuições a liberdade de organização administrativa em que se insere as atividades de apoio.

Desta forma, seria inimaginável lançar uma licitação pública para contratar os serviços terceirizados de uma atividade típica judicante pertencente ao Estado. Contratar empresa terceirizada para realização dos julgamentos dos processos judiciais submetidos ao Superior Tribunal de Justiça é inaceitável, haja vista a sua carga de atividade fim do órgão.

Diferente é o caso em estudo de contratação serviços de limpeza, pois é considerada uma atividade de mero apoio administrativo, ou seja, insere-se no rol das atividades meio.

Ademais, a Lei 5.645/70, supra referida, estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais. No art. 3º, parágrafo único, menciona atividades que, preferencialmente, devem ser terceirizadas, obedecidas as demais regras legais:

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Nesse contexto de atividades meio e atividades fins, as terceirizações ditas lícitas estão elencadas na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho. A mesma trouxe em seus dispositivos autorização da terceirização como lícita o contrato de atividades de conservação e limpeza, uma vez que esta categoria é uma das pioneiras da terceirização de trabalho no país, conforme expresso na Lei n.º 5.645/70.

Entretanto, o Tribunal Superior do Trabalho teve o cuidado de esclarecer que para a terceirização ser lícita não pode haver pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços.

Em entendimento simétrico o Decreto nº. 2.271/1997 já vedava a inclusão de dispositivo em contrato que permita a subordinação dos empregados da contratada à administração do órgão contratante, art. 4º, inciso IV, conforme abaixo transcrito:

[...]

Art . 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

- I - indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos;
 - II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;
 - III - previsão de reembolso de salários pela contratante;
 - IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;
- [...]

A pessoalidade e subordinação também são proibidas pela vigente Instrução Normativa nº. 2, de 30 de abril de 2008, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. O art. 10 veda à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, como: direcionar a contratação de pessoas para trabalhar na empresa ou exercer o poder de mando sobre os empregados.

A citada Instrução Normativa em vigor determina à Administração reportar-se somente aos prepostos e responsáveis indicados pela empresa, exceto – diz a nova norma – quando o objeto da contratação prever o atendimento direto, tais como nos serviços de recepção e apoio ao usuário, ou seja, a própria norma taxou as exceções.

Apesar de estar previsto em normativos diversos, o contrato de terceirização de limpeza e higienização em vigor no Superior Tribunal de Justiça não

contem clausula indicativa de vedação da pessoalidade e subordinação direta entre o trabalhador terceirizado e o tomador de serviços.

Apesar de existir um gestor do referido contrato é impossível o mesmo ser onipresente nos locais em que os serviços são realizados e não é raro acontecer situações em que servidores acabam por exercer o mando direto na execução dos serviços prestados.

Nas situações em que ocorre este fato, os servidores, em sua maioria, desconhecem os mencionados mandamentos e acabam por exercer mando direto de forma involuntária.

No sentido de evitar estas desagradáveis situações que poderão remeter a ações judiciais, além de constar no contrato dispositivo inibidor desta prática, a empresa contratada deveria estabelecer as regras de mando em que nos locais de prestação de serviços os servidores seja orientados a recorrer ao gestor do contrato que, por intermédio do preposto, solicitará a devida prestação dos serviços pelos funcionários terceirizados.

3.1.3 Recrutamento do pessoal terceirizado

O contrato estabelece que a contratada seja responsável pelo recrutamento e administração dos profissionais para os postos de trabalho, devendo observar os requisitos técnico-operacionais e legais estabelecidos. No entanto, na prática o gestor do contrato geralmente fica sujeito a acatar interferências em sua gestão e ceder aos anseios dos mais variados escalões.

No contrato em exame, como forma de inibir essas práticas, não é estabelecido nenhum critério impeditivo que no quadro de pessoal da contratada inexistam funcionários com vínculo de ordem nepotista ou de privilégios diversos.

Essa prática, infelizmente, é muito usual em todas as esferas da Administração Pública e inclusive na iniciativa privada, e pessoas são indicadas para ocuparem os postos de trabalho sem a devida independência da contratada em estabelecer critérios objetivos, meritocráticos e transparentes, constituindo em verdadeira afronta ao princípio da impessoalidade e moralidade pública, tendente a um modelo de Administração Pública Patrimonialista e burla o instituto constitucional do concurso público proveniente de indicações casuísticas e de caráter aparentemente benemérito.

A inobservância ao princípio da impessoalidade mereceu críticas de Fernandes (2002, p. 56). Condena as iniciativas de alguns dirigentes que indicam às contratadas as pessoas que essas devem contratar. Segundo ele, essas iniciativas “estão estabelecendo uma relação inusitada que compromete toda a imagem de probidade do serviço público, criando ‘hierarquias paralelas’ por vínculos não funcionais e promíscuos”.

Di Pietro (2009, p. 233-234) destaca a seguinte situação:

"O que a Administração Pública não pode fazer é contratar trabalhador com intermediação de empresa de prestação de serviços a terceiros, porque nesse caso o contrato assume a forma de fornecimento de mão-de-obra, com burla à exigência de concurso público".

Segundo Di Pietro (apud RAMOS, 2001, p. 10), nos contratos de fornecimento de mão-de-obra, “aparecem os atributos da pessoalidade e subordinação na relação entre o pessoal da empresa contratada e o tomador de serviços, caracterizando verdadeira relação de emprego”. A situação, conclui, “favorece o nepotismo e apadrinhamento, como se verifica em situações em que muda a empresa prestadora de serviços, mas os empregados são os mesmos que prestavam serviços em nome da empresa anterior”.

Nessa esteira, vale trazer para comento cláusula do contrato que autoriza a contratada a absorver os profissionais advindos da relação jurídica anterior, os quais foram alocados pela anterior contratada para prestação dos serviços idênticos ao contrato atual.

Esta prática alimenta a possibilidade de funcionários terceirizados permanecer prestando serviços a um órgão mediante empresas diversas e por prazo indeterminado. Podemos citar casos de funcionários terceirizados que estão prestando serviços há mais de 10 (dez) anos no Superior Tribunal de Justiça, se transferindo de empresa a empresa na medida em que são firmados novos contratos.

3.1.4 Procedimentos de acompanhamento e fiscalização

Depois de firmada a avença vem a parte mais crítica de todo o processo: A fiscalização e acompanhamento do contrato. No próprio contrato, Item 7.2 da Clausula Sétima, são estabelecidas as atribuições de fiscalização por parte da contratante que deverão ser feitas durante a execução do contrato, inclusive quanto às obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, em especial o seguinte:

- a) Anotações na carteira de trabalho dos empregados alocados na prestação de serviço durante a vigência do contrato (permanentes e reservas), para comprovar o registro profissional, o valor do salário e o cumprimento das obrigações trabalhistas;
- b) Pagamento de salários e do 13º salário, por meio dos respectivos depósitos bancários;
- c) Fornecimento de benefícios (transporte e alimentação) com anuência expressa dos empregados;

- d) Concessão e pagamento de férias, conforme recibo, anotações e documentos bancários;
- e) Realização de exames médicos, nos termos da legislação específica;
- f) Recolhimento individual do FGTS e devidos comprovantes;
- g) Cumprimento de determinações de acordos coletivos;
- h) Cumprimento das garantias provisórias do emprego (gestante, acidentes de trabalho, etc.);
- i) Recolhimento da contribuição previdenciária (empregados e empregador, conforme o caso) com os devidos comprovantes;
- j) Pagamento das verbas rescisórias dos empregados alocados na prestação de serviços, inclusive os substitutos, por meio do respectivo depósito bancário;
- k) Verificação do número de dias e horas trabalhadas, intervalos, por meio da folha de ponto;
- l) Demais obrigações trabalhistas, previdenciárias, tributárias, contratuais devidas para cada categoria profissional alocada na prestação de serviço.

Ademais, conta do contrato a seguinte cláusula:

[...]

15.1 As partes desde já ajustam que não existirá, para o CONTRATANTE, nenhuma solidariedade quanto às obrigações trabalhistas e previdenciárias relativas aos empregados da CONTRATADA, cabendo a esta assumir, de forma exclusiva, todos os ônus advindos da relação empregatícia.

[...]

Esta é uma situação que não se alinha aos entendimentos já estudados, haja vista que esta cláusula não possui aplicabilidade prática no entendimento do Poder Judiciário.

Por imposição legal, há responsabilidade solidária do tomador de serviço, em relação aos depósitos do fundo de garantia por tempo de serviço e recolhimento de contribuições previdenciárias.

Quanto aos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, também há solidariedade das empresas tomadoras com as empresas fornecedoras de serviços, nos termos do art. 15, § 1º, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, e do art. 2º, inciso I, do Regulamento do FGTS (Decreto 99.684, de 8 de novembro de 1990). Tais dispositivos legais consideram empregadores tanto a empresa fornecedora como a tomadora de serviços ou mão-de-obra que admitirem trabalhadores a seu serviço, independentemente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária que tenham se obrigado ou venha a ser reconhecida em momento posterior.

Enfim, as empresas tomadoras e as empresas fornecedoras de serviços ou mão-de-obra têm responsabilidade subsidiária, quanto às obrigações trabalhistas. Entretanto, a responsabilidade é solidária, quanto ao fundo de garantia por tempo de serviço e às contribuições previdenciárias cabíveis.

Ademais, em relação às obrigações trabalhistas, em qualquer das hipóteses de terceirização lícita, é subsidiária a responsabilidade das empresas tomadoras com as empresas fornecedoras de serviços, Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho, item IV:

[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quando àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666/93).

[...]

Desta forma, resta ao Superior Tribunal de Justiça a devida fiscalização e acompanhamento das determinações contidas no Item 7.2 e alíneas da Clausula Sétima, com o intuito de não correr o risco ficar exposto às ações trabalhistas.

3.1.5 Materiais e equipamentos

O contrato possui como objeto os serviços de limpeza e higienização das dependências do Superior Tribunal de Justiça, mas estabelece regras distintas para o fornecimento de equipamentos e materiais de limpeza.

Com relação aos equipamentos é de responsabilidade da empresa contratada possuir equipamentos suficientes e necessários para realização dos serviços de forma adequada e satisfatória.

No entanto, apesar de terem sido contratados serviços de limpeza e higienização, é de responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça o fornecimento de todo o material de limpeza e higienização suficiente e necessário, responsabilizando-se pela qualidade e aquisição desses materiais.

Não é razoável essa situação que, em nosso entendimento, a empresa contratada deveria prestar os serviços com seu próprio material de limpeza para que a responsabilidade da qualidade dos serviços não recaia na qualidade dos materiais fornecidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Além disso, o fornecimento de material pode ensejar interpretação de que o Superior Tribunal de Justiça não está contratando serviços de limpeza, haja vista que dispõe do material de limpeza necessário aos serviços e faz a intermediação, através de empresa terceirizada, de mão-de-obra necessária para utilização e aplicação desses materiais.

Dessa forma, como as empresas terceirizadas devem ser especializadas nas atribuições que lhes são conferidas, seria conveniente que a responsabilidade quanto aos materiais de limpeza seja-lhe atribuída, inclusive pela possibilidade de contaminação inerente a esses produtos.

A proteção dos trabalhadores é de inteira responsabilidade da empresa terceirizada, mas o Superior Tribunal de Justiça acaba por assumir este risco ao ser responsável pelo fornecimento de materiais que, em sua maioria, exigem controle químico por parte de órgão fiscalizador como a ANVISA.

3.2 Crítica ao modelo patrimonialista de gestão da terceirização

Com fundamento nas teorias de Administração Pública e prática usual do Superior Tribunal de Justiça, não existe atualmente um plano de ação das empresas terceirizadas contratadas para a livre seleção de seu pessoal que impeça as ingerências sofridas por indicações privilegiadas.

Desta forma, apesar de ser uma instituição com característica predominante gerencial comprometida com os resultados gerados para a sociedade como cliente, o Superior Tribunal de Justiça não abandonou as características burocráticas nem tampouco características patrimonialistas, principalmente no que se refere às ingerências realizadas com o instituto da terceirização das atividades consideradas meio, como limpeza, transporte, segurança e outras.

Esta possibilidade de ingerência talvez ocorra por falta de mecanismos inibidores que promovam a liberdade da empresa terceirizada em realizar seleção impessoal de seu pessoal. Atualmente não existe norma ou mecanismo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que possibilite a empresa agir de forma transparente e com independência profissional na escolha de seu quadro de funcionários que deverão ser selecionados segundo critérios objetivos de especialização em cada

área de atuação, mediante processo seletivo transparente e de conhecimento público.

Este tipo de regra inibiria as indicações casuísticas e a proliferação do nepotismo, em que pessoas ligadas ao órgão pudessem utilizar-se da terceirização para logra benefício próprio ou de outrem.

CONCLUSÃO

A terceirização no âmbito da Administração Pública constitui tema complexo e desafiador, assim como exige dos gestores públicos estrita atenção quanto aos ditames legais numa visão integrada da legislação esparsa e da jurisprudência, além de um esforço coordenado de diversas orientações doutrinárias.

Os caminhos estão abertos e insinuados desde o Decreto-Lei n.º 200/1967, mas agora fortalecidos e aclarados pela evolução jurisprudencial e doutrinária, constituindo em etapa inexorável de uma longa linha evolutiva que tende a buscar um perfeito equilíbrio entre o verdadeiro papel do Estado e da iniciativa privada na concretização do interesse público.

Com o estudo realizado vê-se que a terceirização busca reduzir custos, aumentar a produtividade e enxugar a máquina administrativa, bem como melhor alocar de seus recursos financeiros, materiais e humanos. Mas tem sido na prática de difícil gestão e necessita ser aperfeiçoada no intuito de evitar situações que possam comprometer os resultados desejados pela coletividade.

Enfim, a busca em melhorar a excelência organizacional foi um dos fatores marcantes para o surgimento e disseminação da terceirização e com a Administração Pública não se deu de forma diferente.

A Administração Pública, dispondo de recursos limitados e tentando acompanhar as novas exigências da sociedade, viu-se impotente e ao mesmo tempo desprovida de mecanismos de melhor aproveitamento financeiro, material e humano, para gerir um número elevado de servidores no exercício de atividades de apoio.

Assim, a necessidade de centrar-se nas atividades-fim abriu espaço para a implantação da terceirização de alguns serviços.

No presente contexto, a terceirização necessita de uma melhor definição legal, envolvendo em discussão todos os interessados, especialmente a grande massa de trabalhadores, os que certamente serão atingidos por seus efeitos.

Notadamente, a legislação é dispersa e os termos do Enunciado nº 331 do TST são insuficientes e inadequados para regulamentar a matéria, uma vez que não tem força de Lei.

No setor público, os serviços com possibilidade de serem terceirizados encontram-se adstritos às atividades-meio, por serem incompatíveis com a própria finalidade do Estado não estando livres de fraude e corrupção, característica de Administração Pública Patrimonialista.

A extensão aos demais serviços podem significar ampliação ao leque de possibilidades para todo tipo de fraude e corrupção e desvios da finalidade do Estado que se resume à proteção do bem comum, o interesse da coletividade na gestão dos recursos públicos.

Diante deste cenário, verifica-se que os gestores de contratos terceirizados ainda estão expostos a todo tipo de ingerência no acompanhamento, fiscalização e controle que limita a independência da boa gestão de contratos de terceirização de serviços.

Conclui-se ainda, que o contrato em estudo, mantendo-se os atuais moldes, é ilícito tendo em vista que aloca mão-de-obra e apresentam os atributos da personalidade e subordinação na relação entre o pessoal da empresa contratada e o tomador dos serviços.

Como contribuição acadêmica, sugere-se, portanto, as seguintes medidas para corrigir as distorções do instituto da terceirização no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

a) descrição precisa dos serviços a serem prestados, bem como a qualidade exigida para sua execução em substituição ao modelo atual no qual, de forma equivocada, aponta o quantitativo de postos de trabalho, ou seja, elaboração de Acordo de Nível de Serviço¹;

b) definição de critérios objetivos, transparentes e meritocráticos para recrutamento do pessoal terceirizado por parte da empresa terceirizada, com o objetivo de inibir as indicações casuísticas que exponham os gestores públicos;

c) Inclusão de cláusula contratual em que haja declaração expressa da empresa contratada de que não há em seus quadros funcionários com vínculos de parentesco com servidores ou autoridades do Tribunal;

d) elaboração de regulamento próprio para contratação de serviços terceirizados na forma de manual, direcionado aos gestores;

e) transferência da responsabilidade de fornecimento de todo material de limpeza à empresa prestadora dos serviços terceirizados, com o intuito de eximir de responsabilidades o órgão, bem como reduzir custos de logística e aquisição;

¹ Entenda-se Acordo de Nível de Serviço a definição de critérios objetivos entre o contratante e o contratado, cujos níveis de qualidade e periodicidade do serviço deverão ser atendidos para efeito de faturamento e medidos através de indicadores preestabelecidos.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A Terceirização no Serviço Público: À Luz da Nova Hermenêutica Constitucional** – São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto 71.236 de 11 de outubro de 1972**. Dispõe Sobre o Grupo-Serviços Auxiliares, a que Se Refere o Artigo 2 da Lei 5.645, de 10 de Dezembro de 1970, e da Outras Providencias.

BRASIL. **Decreto 74.448 de 22 de agosto de 1974**. Dispõe Sobre a Lotação de Cargos, Funções e Empregos Dos Órgãos da Administração Federal Direta e das Autarquias e da Outras Providencias.

BRASIL. **Decreto 2.271 de 07 de julho 1997**. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

BRASIL. **Decreto 89.056 de 24 de novembro de 1983**. Regulamenta a Lei n. 7.102, de 20 de junho de 1983, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 5.645 de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 5.845 de 06 de dezembro de 1972**. Fixa os valores de vencimentos dos cargos do Grupo-Serviços Auxiliares do Serviço Civil da União e das autarquias federais e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 6.019 de 03 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências.

BRASIL. **Lei 7.102 de 20 de junho de 1983**. Dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei 8.863 de 28 de março de 1994**. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983.

BRASIL. **Lei 8.949 de 09 de dezembro de 1994**. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados.

BRASIL. **Lei 9.601 de 21 de janeiro de 1998**. Dispõe sobre o contrato de trabalho por prazo determinado e dá outras providências.

BRASIL. **Instrução Normativa/MPOG nº. 02 de 30 de abril de 2008**. Dispõe sobre regras e diretrizes para contratação de serviços, continuados ou não.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano Diretor de Reforma do Estado**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **A Nova política de recursos humanos**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997 (Cadernos MARE da Reforma do Estado, c. 11).

BRASIL. Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República**: Exercício 2001. Brasília: TCU, 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República**: Exercício 2006. Brasília: TCU, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Responsabilidade Fiscal**: Questões Práticas. 2.ed. Cidade: Brasília Jurídica, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa** corresponde à 3ª. edição, 1ª. impressão da Editora Positivo, revista e atualizada do Aurélio Século XXI, O Dicionário da Língua Portuguesa, 2004.

GRANJEIRO, J. Wilson. **Administração Pública** 11. ed. Brasília: Vesticon, 2004.

LANCELOTTI, Marlos Roberto. **Os Limites Para Prestação de Serviços na Administração Pública**. Monografia (Graduação) Brasília: UNICEUB, 2010.

MARQUES, Fabíola; ABUD, Cláudia José. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. Malheiros Editores, São Paulo, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997 (Cadernos MARE da Reforma do Estado, v.1).

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.

REZENDE, Fernando Antônio. **Finanças Públicas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEIRA, Antonieta Pereira. **Gestão de Contratos de Terceirização**: na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ANEXO A – Manifestação da Área de Gestão de Pessoal Correlação de Atividades Terceirizadas x Cargos Efetivos

SECRETARIA DE GESTÃO DE PESSOAS
COORDENADORIA DE DESENVOLVIMENTO DE PESSOAS

ANÁLISE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE LIMPEZA, HIGIENIZAÇÃO, CONSERVAÇÃO E COPEIRAGEM COM TODAS AS ATIVIDADES
CORRESPONDENTES NA DEC DOS CARGOS DE TÉCNICO JUDICIÁRIO, ÁREA ADMINISTRATIVA E TÉCNICO JUDICIÁRIO, ÁREA
ADMINISTRATIVA - SERVIÇOS GERAIS

Nº	TAREFAS CONTRATADAS: LIMPEZA, HIGIENIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS	TÉCNICO JUDICIÁRIO, ÁREA ADMINISTRATIVA	TÉCNICO JUDICIÁRIO, ÁREA ADMINISTRATIVA - SERVIÇOS GERAIS
		ATIVIDADES CORRESPONDENTES NA DEC	
1	abastecimento dos banheiros com papel toalha, papel higiênico e sabonete líquido;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
2	aspiração do pó em todo o piso acurpetado;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
3	coleta seletiva de lixo de todas as dependências, inclusive "halls", de acordo com a agenda ambiental do CONTRATANTE, com coleta seletiva do papel para reciclagem;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
4	execução dos serviços de limpeza e conservação com frequência diária, considerados necessários;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
5	limpeza das garagens privativas;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
6	limpeza e desinfecção dos pisos, dos sanitários, copas e outras áreas molhadas, duas vezes ao dia;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
7	limpeza e conservação das paredes divisórias, respectivas portas, maçanetas e vidros existentes;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
8	limpeza e higienização dos bebedouros existentes nos prédios, utilizando produtos não prejudiciais à saúde humana;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
9	limpeza dos corredores;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
10	limpeza dos elevadores com produtos adequados;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
11	limpeza, com detergente não corrosivo, das escadarias, dos pisos laváveis e dos corredores;	Não há correspondente.	Não há correspondente.



Nº	TAREFAS CONTRATADAS: LIMPEZA, HIGIENIZAÇÃO E CONSERVAÇÃO DE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS	TÉCNICO JUDICIÁRIO, ÁREA ADMINISTRATIVA	TÉCNICO JUDICIÁRIO, ÁREA ADMINISTRATIVA - SERVIÇOS GERAIS
		ATIVIDADES CORRESPONDENTES NA DEC	
12	limpeza, desinfecção e conservação dos pisos, paredes e divisórias das instalações do serviço médico e odontológico com produtos específicos de uso hospitalar;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
13	lavagem das bacias, assentos e piaas dos sanitários, duas vezes ao dia;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
14	remoção dos capachos e dos tapetes, procedendo à limpeza e à aspiração do pó;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
15	remoção, com pano úmido, do pó das mesas, dos armários, dos arquivos, das prateleiras, das persianas, bem como dos demais móveis existentes, inclusive aparelhos elétricos, extintores de incêndio etc;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
16	restauração, com equipamento apropriado, do brilho dos pisos encerados;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
17	retirada do lixo duas vezes ao dia, acondicionando-os em sacos plásticos, removendo-os para o local indicado pelo CONTRATANTE;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
18	retirada do pó e limpeza completa dos aparelhos de telefone e dos equipamentos de informática, com flanela e produtos adequados;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
19	abastecimentos dos bebedouros com garrações de água mineral adquiridos pelo CONTRATANTE;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
20	varrição e lavagem dos pisos de cimento;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
21	varrição, limpeza com pano úmido e polimento dos balcões e dos pisos vinílicos, assim como dos pisos de mármore e de granito;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
22	varrição, remoção de mancha e lustração dos pisos de madeira com cera apropriada;	Não há correspondente.	Não há correspondente.
23	aplicação de cera com polimento mecânico em todas as áreas que necessitem desse tratamento;	Não há correspondente.	Não há correspondente.





**SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PRESIDÊNCIA**

ATO Nº 275, DE 17 DE SETEMBRO DE 2004

O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, usando da atribuição que lhe confere o art. 21 do Regimento Interno e tendo em vista o disposto no art. 4º do Ato nº 487, de 28 de dezembro de 1998, bem como o que consta nos autos do Processo STJ 6880/2002, resolve:

Art. 1º À medida que vagarem os cargos de Técnico Judiciário, Área de Serviços Gerais, do quadro de pessoal do Superior Tribunal de Justiça, ficarão automaticamente alterados para os cargos de Técnico Judiciário, Área Administrativa.

Art. 2º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

Ministro EDSON VIDIGAL



<http://bdjur.stj.gov.br>

Fonte: Diário Oficial da União, 21 set. 2004. Seção 1, p. 55.



BDJur
<http://bdjur.stj.gov.br>



Superior Tribunal de Justiça



Ref.: STJ 5341/2009

Assunto: Contratação de Serviço/Limpeza, Higienização e Conservação/Copeiragem

Interessado: Coordenadoria de Serviços Gerais

Senhora Coordenadora de Desenvolvimento de Pessoas,

Em atendimento à solicitação, à fl. 191, para manifestação desta Seção quanto à pretensa contratação pelo Tribunal de serviços de limpeza, higienização, conservação e copeiragem, especificados às fls. 151 a 157, esclarecemos que foi realizada análise comparativa das atribuições previstas na contratação com a Descrição e Especificação de Cargos - DEC, dos cargos de Técnico Judiciário, Área Administrativa e Técnico Judiciário, Área Administrativa – Serviços Gerais, às fls. 194 a 197.

Após estudo, detalhado às fls. 198 a 210, observou-se que, das 106 atividades previstas para os postos de trabalho a serem contratados, nenhuma possui correlação com as atribuições dos cargos supracitados, demonstrando não existirem servidores que possam executar tais tarefas.

Ressalta-se, ainda, quanto ao cargo de Técnico Judiciário, Área de Serviços Gerais, que o Ato nº 275, de 17 de setembro de 2004, à fl. 211, o altera para o cargo de Técnico Judiciário, Área Administrativa, à proporção em que ocorrerem vagas, transformando-o em cargo em extinção dentro do quadro de Pessoal do Tribunal.

Nesse sentido, o § 2º, do art. 1º, do Decreto nº 2.271/1997 admite a execução indireta de atividades inerentes às categorias funcionais de um Órgão quando se tratar de cargo extinto total ou parcialmente do quadro geral de pessoal, conforme consta abaixo:

§ 2º Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.



Superior Tribunal de Justiça



Pelos motivos acima, entendo que não há sobreposição de atividades.

Diante do exposto, remeto os autos a Vossa Senhoria para deliberação.

SEDEC, 13 de outubro de 2009.

Alda Silva
Chefe da Seção de Gestão de Desempenho e
Orientação para a Carreira

Senhora Secretária de Gestão de Pessoas,

Coloco-me de acordo com o parecer da SEDEC e encaminho os autos para consideração de Vossa Senhoria.

CDEP, 13 de outubro de 2009.

Maria da Glória Rêcio Torres
Coordenadora de Desenvolvimento de Pessoas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



Processo: STJ n.º 5341/2009

Assunto: Contratação de serviço / limpeza, higienização e conservação /
copeiragem

Interessado: Coordenadoria de Serviços Gerais

Coloco-me de acordo com as informações apresentadas pela Seção de Gestão de Desempenho e Orientação para a Carreira, acolhidas pela Coordenadoria de Desenvolvimento de Pessoas, às fls. 212/213, no sentido de que não há óbice à terceirização do serviço de limpeza, higienização, conservação e copeiragem nas dependências do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que as atividades a serem contratadas não possuem correlação com os cargos do Tribunal.

Retornem-se os autos à Secretaria de Administração e Finanças, para prosseguimento.

Gabinete da SGP, 14 de outubro de 2009.

Kátia Pereira Bessa
Secretária de Gestão de Pessoas